Copyright Board
Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur
Canada

Copying for Private Use

Copyright Act, subsection 83(8) and section 66.52

Files: Private Copying 1999-2007 (Application to Vary)

TARIFF OF LEVIES TO BE COLLECTED BY CPCC ON THE SALE OF BLANK AUDIO RECORDING MEDIA, IN CANADA, IN RESPECT OF THE REPRODUCTION FOR PRIVATE USE OF MUSICAL WORKS EMBODIED IN SOUND RECORDINGS, OF PERFORMERS' PERFORMANCES OF SUCH WORKS OR OF SOUND RECORDINGS IN WHICH SUCH WORKS AND PERFORMANCES ARE EMBODIED

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

Mr. Justice William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mrs. Jacinthe Théberge

Date of the Decision

September 22, 2009

Date of Reasons

October 19, 2009

Copie pour usage privé

Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 83(8) et article 66.52

Dossiers : Copie privée 1999-2007 (Demande de modification)

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR LA SCPCP SUR LA VENTE DE SUPPORTS AUDIO VIERGES, AU CANADA, POUR LA COPIE À USAGE PRIVÉ D'ENREGISTREMENTS SONORES OU D'ŒUVRES MUSICALES OU DE PRESTATIONS D'ŒUVRES MUSICALES QUI LES CONSTITUENT

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

M. le juge William J. Vancise
M^{e} Claude Majeau
M^{e} Jacinthe Théberge

Date de la décision

Le 22 septembre 2009

Date des motifs

Le 19 octobre 2009

Ottawa, October 19, 2009

Files: Private Copying 1999-2007 (Application to Vary)

Reasons for a decision issued on September 22, 2009, dismissing an application to vary the private copying tariffs for the years 1999 to 2007

INTRODUCTION

[1] On May 30, 2008, Z.E.I. Media Plus Inc. (ZEI), a Canadian distributor of many types of recording media, filed an application asking the Board to issue an interim private copying tariff for 2008 and 2009, to reopen the proceedings dealing with the private copying tariff for 2008-2009 (which by then was unopposed and under advisement), to authorize ZEI to intervene in the reopened proceedings and to vary the private copying tariffs the Board had previously certified for the years 1999 to 2007.

[2] ZEI filed this application as a result of a sequence of events which, described from ZEI's point of view, can be outlined as follows:

> The private copying tariffs that the Board has certified over the years have always set a single rate for all recordable CDs, except for Audio CDs.
>
> ZEI has always been of the view that certain types of recordable CDs ("professional" CDs) are not ordinarily used by consumers to copy music and as such, cannot be subject of a private copying levy, irrespective of what the private copying tariff may provide.
>
> For that reason, ZEI has never paid private copying royalties on professional CDs, despite attempts on the part of the Canadian Private Copying Collective (CPCC) to collect such royalties.

Ottawa, le 19 octobre 2009

Dossiers : Copie privée 1999-2007 (Demande de modification)

Motifs d'une décision rendue le 22 septembre 2009 rejetant une demande de modification des tarifs pour la copie privée pour les années 1999 à 2007

INTRODUCTION

[1] Le 30 mai 2008, Z.E.I. Media Plus Inc. (ZEI), distributeur canadien de plusieurs types de supports d'enregistrement, a demandé à la Commission d'établir un tarif provisoire pour la copie privée pour 2008 et 2009, de reprendre l'instance portant sur le tarif pour la copie privée pour 2008-2009 (qui ne faisait pas alors l'objet d'oppositions et qui était en délibéré), d'autoriser ZEI à intervenir dans l'instance et de modifier les tarifs pour la copie privée déjà homologués pour les années 1999 à 2007.

[2] ZEI a déposé cette demande en raison d'une série d'événements, qu'on peut résumer comme suit :

> Les tarifs pour la copie privée que la Commission a homologués au fil des ans ont toujours établi un taux unique pour tous les CD enregistrables, sauf les CD Audio.
>
> ZEI a toujours considéré que certains types de CD enregistrables (CD « professionnels ») ne sont pas habituellement utilisés par les consommateurs pour copier de la musique et ne peuvent donc pas être assujettis à une redevance pour la copie privée, sans égard aux dispositions du tarif pour la copie privée.
>
> C'est pourquoi ZEI n'a jamais payé de redevances sur les CD professionnels, malgré les efforts de la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) pour percevoir de telles redevances.

Eventually, CPCC initiated an action against ZEI before the Federal Court of Canada for money CPCC claims are owed to it pursuant to the private copying tariffs the Board has certified over the years.

On May 29, 2008, during the course of its examination of Ms. Laurie Gelbloom, General Counsel to CPCC, ZEI came to realize that the existence of certified tariffs for private copying may preclude ZEI from arguing before the Federal Court that professional CDs should not be subject to a private copying levy.

This led ZEI to make the above-mentioned application, with the view to asking the Board to clarify whether professional CDs should be subject to a levy.

[3] Shortly after receiving ZEI's application, the Board sent a notice to CPCC and ZEI, setting out a number of issues which the application appeared to raise:

1) Should the Board reopen the examination of CPCC's proposed tariffs for 2008-2009 so as to allow ZEI to argue that certain blank CDs are not "audio recording media"?

2) Should the application to vary the tariff be examined by the panel that is already examining CPCC's proposed tariffs for 2008-2009?

3) Can the private copying tariffs treat certain blank CDs differently than others? If so, on what basis can distinctions be made? Are so-called professional blank CDs a type of CDs that should be treated differently than others?

4) Does the Board have the power to vary now the certified private copying tariffs that applied to the years 1999 to 2007?

Finalement, la SCPCP a intenté une action contre ZEI devant la Cour fédérale du Canada pour recouvrer les sommes que la SCPCP prétend lui être dues en vertu des tarifs pour la copie privée que la Commission a homologués au fil des ans.

Le 29 mai 2008, au cours de l'interrogatoire de M[me] Laurie Gelbloom, avocate générale de la SCPCP, ZEI s'est rendue compte que l'existence des tarifs homologués pour la copie privée pouvait l'empêcher de soutenir devant la Cour fédérale que les CD professionnels ne devraient pas être assujettis à une redevance pour la copie privée.

C'est ainsi que ZEI a déposé la demande susmentionnée, afin que la Commission précise si les CD professionnels devraient être assujettis à une redevance.

[3] Peu après avoir reçu la demande de ZEI, la Commission a envoyé un avis à la SCPCP et à ZEI, énonçant un certain nombre de questions que la demande semblait soulever :

1) La Commission devrait-elle reprendre l'examen du projet de tarif pour 2008-2009 de la SCPCP pour permettre à ZEI de soutenir que certains CD vierges ne constituent pas des « supports audio »?

2) La demande de modification du tarif devrait-elle être examinée par la formation déjà saisie du projet de tarif de la SCPCP pour 2008-2009?

3) Le tarif pour la copie privée peut-il réserver à certains CD vierges un traitement différent des autres? Le cas échéant, sur quel fondement peut-on faire des distinctions? Les CD vierges dits professionnels constituent-ils un type de CD qui devrait faire l'objet d'un traitement différent des autres?

4) La Commission a-t-elle le pouvoir de modifier maintenant les tarifs homologués pour la copie privée qui se sont appliqués aux années 1999 à 2007?

5) When a material change in circumstances occurs, how far back can the Board vary the tariffs so as to reflect that change? If the Board were told now of a change that occurred (say) two years ago, could the Board vary the tariff only as of now or could it vary it back to the date when the change actually occurred?

5) En cas d'évolution importante des circonstances, à quand peuvent remonter les modifications des tarifs pour pouvoir refléter ce changement? Si la Commission avait connaissance maintenant d'un changement survenu il y a deux ans par exemple, pourrait-elle modifier le tarif seulement à compter d'aujourd'hui ou pourrait-elle faire rétroagir la modification à la date où le changement est en fait survenu?

6) If the Board has the power to vary now the certified private copying tariffs that applied to the years 1999 to 2007, is it appropriate to do so in this instance? Specifically, did the examination of Ms. Gelbloom result in a material change in circumstances?

6) Si la Commission a le pouvoir de modifier maintenant les tarifs homologués pour la copie privée qui se sont appliqués aux années 1999 à 2007, est-il approprié de le faire en l'espèce? Plus précisément, l'interrogatoire de M^me^ Gelbloom a-t-il entraîné une évolution importante des circonstances?

7) What would be the impact any changes the Board might make to certified tariffs as a result of the application to vary?

7) Quelle serait la conséquence des modifications que la Commission pourrait apporter aux tarifs homologués par suite de la demande de modification?

8) Should the application for interim relief be granted?

8) La demande de redressement provisoire devrait-elle être accueillie?

9) Could ZEI reasonably have been expected to make its application earlier on?

9) ZEI aurait-elle pu raisonnablement déposer sa demande plus tôt?

10) Is the Board the appropriate forum to deal with the issues raised by ZEI?

10) La Commission est-elle le forum approprié pour traiter des questions soulevées par ZEI?

[4] On July 17, 2008, the Board reopened the examination of the 2008-2009 tariff, allowed ZEI to intervene in the proceedings and put in place a process that would provide it with the evidentiary record required to deal with ZEI's allegations. The Board also advised the parties that the matter would be terminated if the record led the panel to conclude, at any time, that professional CDs do not "deserve" to be singled out, that there had been no material change in circumstances or that ZEI's lack of diligence was such that the matter should not proceed as a matter of public policy.

[4] Le 17 juillet 2008, la Commission a repris l'examen du tarif pour 2008-2009, a fait droit à la demande d'intervention de ZEI et mis en place un processus permettant de recueillir la preuve nécessaire pour traiter des prétentions de ZEI. La Commission a également avisé les parties que l'affaire prendrait fin si la preuve incitait la formation à conclure, à tout moment, que les CD professionnels ne « méritent » pas de faire l'objet de distinctions, qu'il n'y a pas eu évolution importante des circonstances ou que le manque de diligence de ZEI ferait en sorte que l'on ne devrait pas procéder à l'examen de ses prétentions pour des motifs d'intérêt public.

[5] On December 5, 2008, at the request of CPCC, the Board certified a final tariff for 2008-2009 on the basis that CPCC undertook to either return to reporting companies, with interest, or not collect any levy on recording media which the Board might decide ought not to be levied as a result of ZEI's application to vary. The decision did not deal with ZEI's application to vary.

[5] Le 5 décembre 2008, à la demande de la SCPCP, la Commission a homologué un tarif final pour 2008-2009, étant entendu que la SCPCP s'engageait à rembourser les sociétés déclarantes, avec intérêts, ou à ne pas percevoir toute redevance sur les supports que la Commission pourrait décider de ne pas assujettir au régime par suite de la demande de modification de ZEI. La décision ne traitait pas de la demande de modification de ZEI.

[6] On February 14, 2009, CPCC's proposed tariff for 2010 was published in the *Canada Gazette*.

[6] Le 14 février 2009, le projet de tarif de la SCPCP pour 2010 a été publié dans la *Gazette du Canada*.

[7] On February 26, 2009, ZEI filed its final application record. CPCC did so on March 30.

[7] Le 26 février 2009, ZEI a déposé son dossier final de la demande. La SCPCP l'a fait le 30 mars.

[8] On April 15, 2009, the delay afforded to object to CPCC's proposed tariff for 2010 expired. ZEI and the Canadian Association of Broadcasters (CAB) filed objections. CAB's was withdrawn on May 25, 2009. ZEI's in essence restates its position with respect to the 1997 to 2009 tariffs.

[8] Le 15 avril 2009, le délai prescrit pour déposer une opposition au projet de tarif de la SCPCP pour l'année 2010 a pris fin. ZEI et l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) ont déposé des oppositions. Celle de l'ACR était retirée le 25 mai 2009. Celle de ZEI confirme essentiellement sa position relativement aux tarifs pour les années 1997 à 2009.

[9] These reasons deal only with ZEI's application to vary the previously certified private copying tariffs for the years 1999-2007. The application seeking to vary past certified tariffs does not apply to the 2008-2009 tariff for two reasons: first, the application was filed before the tariff was certified and section 66.52 of the *Copyright Act*[1] provides that only certified tariffs can be varied; second, the Board's decision of December 5, 2008 provides that the 2008-2009 tariff was certified on CPCC's undertaking that it would abide by the outcome of ZEI's application in collecting any levy on recording media. Consequently, the issue of whether ZEI ought to pay royalties on professional CDs it has or will dispose of in 2008 and 2009 will be addressed in the course of the upcoming 2010 tariff proceedings.

[9] Les présents motifs ne portent que sur la demande de modification de ZEI relativement aux tarifs pour la copie privée homologués antérieurement pour les années 1999 à 2007. Cette demande ne s'applique pas au tarif 2008-2009 pour deux raisons : premièrement, la demande a été déposée avant l'homologation du tarif et l'article 66.52 de la *Loi sur le droit d'auteur*[1] prévoit seulement la modification des tarifs homologués; deuxièmement, la décision de la Commission du 5 décembre 2008 prévoit que l'homologation du tarif pour 2008-2009 renferme l'engagement de la SCPCP, relativement à la perception de toute redevance sur les supports, de se soumettre au résultat de la demande de ZEI. Par conséquent, la question de savoir si ZEI doit verser des redevances sur les CD professionnels aliénés en 2008 et 2009 sera abordée dans le cadre de l'instance à venir relative au tarif pour 2010.

THE POSITION OF THE PARTIES

[10] ZEI contends the issues are: first, can the Board retroactively vary its decisions; and secondly, whether it should in the circumstances of this case.

[11] First, ZEI contends that the parameters within which the Board can exercise its discretion to vary its decisions are broad and discretionary. The *Act* imposes no pre-condition for the exercise of the discretion other than the existence of a material change. ZEI notes that the Board has recognized that its power to vary could be applied retroactively.[2] Further, ZEI cites a number of cases in support of its argument that the power to vary retroactively should not be viewed as an exception by reason that circumstances "will frequently arise" to require its application.[3]

[12] Secondly, ZEI submits that the Board's discretion to vary its decisions must be examined in the context of the Board's duty to determine a fair and equitable tariff. ZEI argues that it should not have been reasonably expected to question sooner than after Ms. Gelbloom's examination of May 29, 2008 whether the certification of private copying tariffs can preclude it from arguing before a court of law that the tariffs do not apply to professional CDs. ZEI claims that the jurisprudence accepts "misinterpreting" one's rights and obligations as a legitimate excuse for delaying in exercising one's legal right.[4] It points out that CPCC did not invite ZEI to come before the Board to argue its position on the applicability of the tariff to professional CDs in the context of a tariff proceeding.

[13] CPCC contends the Board does not have the authority to retroactively vary tariffs. It submits that even though a 1997 legislative amendment

LA POSITION DES PARTIES

[10] ZEI soutient que les questions en litige sont les suivantes : premièrement, la Commission peut-elle modifier rétroactivement ses propres décisions? Deuxièmement, doit-elle le faire en l'espèce?

[11] En premier lieu, ZEI soutient que les paramètres à l'intérieur desquels la Commission peut exercer sa faculté de modifier ses décisions sont généraux et discrétionnaires. La *Loi* ne prévoit pas de condition préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire autre que l'évolution importante des circonstances. ZEI fait observer que la Commission a conclu que son pouvoir de modification peut s'exercer de façon rétroactive.[2] De plus, ZEI cite plusieurs affaires à l'appui de son argument selon lequel il ne faut pas considérer le pouvoir de modification rétroactive comme une exception puisque les circonstances exigent souvent qu'on lui donne un effet rétroactif.[3]

[12] En second lieu, ZEI fait valoir que le pouvoir discrétionnaire de la Commission de modifier ses décisions doit être examiné dans le cadre de son obligation d'établir un tarif juste et équitable. ZEI soutient qu'on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'elle se demande avant l'interrogatoire de M^me^ Gelbloom du 29 mai 2008 si l'homologation des tarifs pour la copie privée pouvait l'empêcher de soutenir devant un tribunal que les tarifs ne s'appliquent pas aux CD professionnels. ZEI prétend que la jurisprudence reconnaît qu'une personne peut invoquer une « mauvaise » interprétation de ses droits et obligations comme excuse légitime pour justifier son retard dans l'exercice d'un droit reconnu par la loi.[4] ZEI souligne que la SCPCP ne l'a pas invitée à soutenir devant la Commission sa position concernant l'applicabilité du tarif aux CD professionnels dans le cadre des procédures relatives au tarif.

[13] La SCPCP soutient que la Commission n'a pas le pouvoir de modifier les tarifs de façon rétroactive. Elle fait valoir que, même si une

removed some limits on the Board's power to vary earlier decisions, [5] there is no evidence that Parliament intended to broaden the Board's power. CPCC argues that applying general principles of statutory construction to the amendment grants only a prospective power. The legislation will not have a retroactive effect when the provision substantially affects the vested rights of a party.[6]

[14] CPCC agrees that while the Board has previously retroactively varied a tariff, it recognized that retroactively varying the tariff had no practical effect and further, that it was equitable to do so.[7] CPCC argues that this is not the case here.

[15] In the alternative, CPCC raises a number of arguments of an equitable nature. A retroactive variance of the tariffs would destabilize the entire regime. It would be difficult or impossible to determine who overpaid levies and by how much. Any refunds would necessarily result in a net loss to CPCC, since it would not be possible for the Board to account for the removal of professional CDs from the regime, which should result in higher levies on the remaining CDs. Furthermore, CPCC argues that the doctrine of laches ought to preclude ZEI from availing itself of an essentially equitable remedy given the time it took for it to raise the issue.[8]

ANALYSIS

[16] Section 66.52 of the *Act* governs the Board's power to vary its decisions and reads as follows:

> A decision of the Board respecting royalties or their related terms and conditions that is made under subsection 68(3), sections 68.1 or 70.15 or subsections 70.2(2), 70.6(1), 73(1) or 83(8) may, on application, be varied by the

modification apportée à la *Loi* en 1997 a levé certaines restrictions quant au pouvoir de la Commission de modifier ses décisions antérieures,[5] rien ne prouve que le législateur avait l'intention d'élargir le pouvoir de la Commission. La SCPCP soutient que suivant les principes généraux d'interprétation législative, la modification de la *Loi* ne confère qu'un pouvoir prospectif. La loi n'aura pas d'effet rétroactif lorsque la disposition porte nettement atteinte aux droits acquis d'une partie.[6]

[14] La SCPCP admet que la Commission a modifié rétroactivement un tarif auparavant, mais soutient que la Commission a reconnu que cette modification rétroactive n'avait pas d'effet pratique et qu'en l'occurrence il s'agissait d'une mesure équitable.[7] La SCPCP fait valoir que ce n'est pas le cas ici.

[15] À titre subsidiaire, la SCPCP soulève plusieurs arguments à caractère équitable. Une modification rétroactive des tarifs aurait pour effet de déstabiliser le régime entier. Il serait difficile, voire impossible, d'établir qui a versé des redevances en trop et de combien. Tout remboursement entraînerait nécessairement une perte nette pour la SCPCP, étant donné qu'il serait impossible à la Commission de tenir compte de l'exclusion des CD professionnels du régime, ce qui devrait entraîner des redevances plus élevées sur les autres types de CD. De plus, la SCPCP soutient que la règle du manque de diligence devrait empêcher ZEI de se prévaloir d'un redressement essentiellement équitable, compte tenu du temps écoulé avant qu'elle ne soulève la question.[8]

ANALYSE

[16] L'article 66.52 de la *Loi* encadre en ces termes le pouvoir de la Commission de modifier ses décisions :

> La Commission peut, sur demande, modifier toute décision concernant les redevances visées au paragraphe 68(3), aux articles 68.1 ou 70.15 ou aux paragraphes 70.2(2), 70.6(1), 73(1) ou 83(8), ainsi que les

Board if, in its opinion, there has been a material change in circumstances since the decision was made.

[17] This decision only deals with tariffs affecting transactions that occurred in the years 1999 to 2007, several months or years before ZEI applied for these tariffs to be varied. If decisions to vary past tariffs involve special considerations and if ZEI fails in respect of those considerations, there is no need to decide whether the Board has the power to so vary the tariffs in the first place or to address any other issue the Board or the parties may have raised. For this reason, we look first at the special considerations involved in dealing with past transactions.

[18] The central proposition from which we start is that a decision to vary the consequences of past transactions must account for factors which simply do not come into play when the decision targets future events. Decisions that vary the consequences of past events possess inherent characteristics that do not arise when deciding whether to vary rules that apply to future events. The Supreme Court of Canada developed that proposition in *D.B.S. v. S.R.G.*; *L.J.W. v. T.A.R.*; *Henry v. Henry; Hiemstra v. Hiemstra*.[9] In that decision, the Court set out four factors that should be considered before deciding to retroactively change child support: (1) a reasonable explanation for the delay in seeking additional support; (2) the conduct of the payor parent; (3) the circumstances of the child; and (4) the hardship imposed by a retroactive award. On their face, these factors seem to have little to do with the issue we have to decide. On the other hand, the explanations advanced by the Court in identifying those factors are relevant:

> Unlike prospective awards, retroactive awards can impair the delicate balance between

modalités y afférentes, en cas d'évolution importante, selon son appréciation, des circonstances depuis ces décisions.

[17] La présente décision ne concerne que les tarifs touchant les transactions effectuées entre 1999 et 2007, plusieurs mois ou plusieurs années avant que ZEI dépose sa demande visant à faire modifier ces tarifs. Si une décision de modifier les tarifs antérieurs implique des considérations particulières et que ZEI ne rencontre pas ces considérations, il n'est pas nécessaire de décider si la Commission a effectivement le pouvoir de modifier les tarifs ou encore, de répondre aux autres questions que la Commission ou les parties pourraient avoir soulevées. Nous procéderons donc d'abord à l'examen des considérations particulières soulevées par le réexamen de transactions antérieures.

[18] Le point de départ de notre réflexion est qu'une décision modifiant les conséquences de transactions passées doit tenir compte de facteurs qui n'entrent tout simplement pas en jeu lorsque la décision cible des événements futurs. Les décisions modifiant les conséquences d'événements passés possèdent des caractéristiques inhérentes qui n'entrent pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider s'il convient de modifier les règles qui s'appliquent à des événements futurs. La Cour suprême du Canada a explicité ce principe dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*; *L.J.W. c. T.A.R.*; *Henry c. Henry; Hiemstra c. Hiemstra*.[9] Dans cet arrêt, la Cour a établi quatre facteurs à prendre en compte avant de décider de modifier la pension alimentaire de manière rétroactive : (1) un motif valable de différer la demande; (2) le comportement du parent débiteur; (3) la situation de l'enfant; (4) les difficultés qu'une ordonnance rétroactive pourrait causer. À première vue, ces facteurs semblent n'avoir que peu de rapport avec la question que nous devons trancher en l'espèce. Par contre, les raisons que fournit la Cour pour justifier le choix de ces facteurs sont pertinentes :

> Contrairement à l'ordonnance pour l'avenir, l'ordonnance rétroactive peut, dans ce

certainty and flexibility in this area of the law. As situations evolve, fairness demands that obligations change to meet them. Yet, when obligations appear to be settled, fairness also demands that they not be gratuitously disrupted. Prospective and retroactive awards are thus very different in this regard. Prospective awards serve to define a new and predictable *status quo*; retroactive awards serve to supplant it.

[...]

Delay in seeking child support is not presumptively justifiable. At the same time, courts must be sensitive to the practical concerns associated with a child support application. They should not hesitate to find a reasonable excuse where the recipient parent harboured justifiable fears that the payor parent would react vindictively to the application to the detriment of the family. Equally, absent any such an anticipated reaction on the part of the payor parent, a reasonable excuse may exist where the recipient parent lacked the financial or emotional means to bring an application, or was given inadequate legal advice [...]

Not awarding retroactive child support where there has been unreasonable delay by the recipient parent responds to two important concerns. The first is the payor parent's interest in certainty. Generally, where the delay is attributable to unreasonableness on the part of the recipient parent, and not blameworthy conduct on the part of the payor parent, this interest in certainty will be compelling. Notably, the difference between a reasonable and unreasonable delay often is determined by the conduct of the *payor* parent [...]

[...] each parent's behaviour should be considered in determining the appropriate

domaine du droit, rompre le subtil équilibre entre la certitude et la souplesse. Lorsque la situation change, l'équité commande que les obligations s'y adaptent. Néanmoins, lorsque les obligations semblent être bien établies, l'équité commande également qu'on ne les modifie pas sans raison. À cet égard, l'ordonnance pour l'avenir diffère donc considérablement de l'ordonnance rétroactive. L'ordonnance pour l'avenir donne naissance à une situation nouvelle et prévisible; l'ordonnance rétroactive la supplante.

[...]

On ne peut présumer de la justification du retard. Par contre, le tribunal doit se montrer sensible aux craintes d'ordre pratique associées à une telle démarche. Il ne devrait pas hésiter à considérer comme un motif valable la peur légitime du parent créancier que le parent débiteur réagisse de manière vindicative à la demande et ce, au détriment de la famille. De même, en l'absence d'une telle appréhension, le fait que le parent créancier n'a pas été financièrement ou émotionnellement en mesure de présenter une demande ou qu'il a été mal conseillé sur le plan juridique peut constituer un motif valable [...]

Le refus de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive lorsque le parent créancier a tardé sans motif valable à présenter sa demande tient compte de deux préoccupations importantes, la première étant la certitude du parent débiteur. Généralement, lorsque le retard est dû au comportement critiquable du parent créancier, et non au comportement répréhensible du parent débiteur, le poids accordé à cette certitude est important. En fait, le comportement du parent *débiteur* déterminera souvent si le retard est justifié ou non [...]

[...] le comportement de chacun des parents doit être pris en compte pour établir un

balance between certainty and flexibility in a given case.

[...]

[...] retroactive awards disrupt payor parents' management of their financial affairs in ways that prospective awards do not. Courts should be attentive to this fact.[10]

[19] Judicial discretion in matters of child support is framed far more rigidly than in matters before the Board. Yet even in child support matters, courts approach applications to vary orders for the past differently. Such an application requires accounting for a number of factors inherent in any decision dealing with transactions that pre-date the application to vary. This led the Court in *DBS* to set out a number of factors which are relevant in any context. Changing awards after the fact impairs the balance between certainty and flexibility; past transactions should not be gratuitously disrupted.[11] Any delay in seeking the award must be reasonably excused.[12] The decision maker must seek to achieve a balance between certainty and fairness and, as a result, retroactive variances are inherently discretionary.[13] That discretion involves, among other things, assessing the actions (or inaction) of interested parties.[14]

[20] Expressed in this way, the principles that underlie *DBS* are easily transferable to this case. Dealing with an application to vary a past tariff involves an additional, separate analysis than if the application to vary targets future events. That analysis involves criteria similar to those used in deciding whether to grant equitable relief. The Board can decline to act based on factors that go beyond those it may use to decide to certify a tariff in the first place, or to vary it for the future. Legal security and stability assume an

équilibre adéquat entre la certitude et la souplesse.

[...]

[...] l'ordonnance rétroactive se distingue de l'ordonnance prospective par la manière dont elle perturbe la gestion des finances du parent débiteur. Le tribunal doit en tenir compte.[10]

[19] L'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de pension alimentaire des enfants est encadré de façon beaucoup plus rigide que celui de la Commission. Pourtant, même en matière de pensions alimentaires pour enfants, les tribunaux ont une approche différente concernant les demandes de modification d'ordonnances pour le passé. Une telle demande exige de prendre en compte un certain nombre de facteurs inhérents à toute décision portant sur des transactions antérieures à la demande de modification. Ceci a conduit la Cour dans l'arrêt *DBS* à énoncer un certain nombre de facteurs qui sont pertinents dans n'importe quel contexte. Le fait de modifier une décision après coup porte atteinte à l'équilibre entre la certitude et la souplesse; les transactions passées ne devraient pas être perturbées sans raison.[11] Le retard dans le dépôt d'une demande doit être justifié.[12] Le décideur doit chercher à atteindre un équilibre entre la certitude et l'équité et, par conséquent, les modifications rétroactives sont intrinsèquement discrétionnaires.[13] Ce pouvoir suppose, entre autres choses, l'évaluation des actions (ou des inactions) des parties concernées.[14]

[20] Ainsi formulés, les principes qui sous-tendent l'arrêt *DBS* peuvent facilement être appliqués en l'espèce. Pour statuer sur une demande de modification d'un tarif antérieur, il faut effectuer une analyse supplémentaire, distincte de celle requise par une demande de modification visant des événements futurs. Cette analyse fait intervenir des critères similaires à ceux utilisés pour décider de l'opportunité d'accorder un redressement équitable. La Commission peut refuser d'agir en fonction de

importance that simply is not present when the application to vary targets the future. So does the conduct of the parties. The Board must have the discretion to decline the relief being sought if the circumstances at bar militate against a retroactive order.

facteurs qui diffèrent de ceux qu'elle peut utiliser pour décider d'homologuer un tarif en premier lieu, ou de le modifier pour l'avenir. La sécurité et la stabilité juridiques prennent une importance qui n'est tout simplement pas en jeu lorsque la demande de modification vise l'avenir. Il en va de même pour la conduite des parties. La Commission doit avoir le pouvoir discrétionnaire de refuser la réparation demandée si les circonstances de l'espèce militent contre une ordonnance rétroactive.

[21] In light of the foregoing, we conclude that ZEI's application to vary the 1999 to 2007 tariffs fails to satisfy the *DBS* principles, for the following reasons.

[21] Au vu de ce qui précède, nous concluons que la demande de ZEI de modifier les tarifs pour les années 1999 à 2007 échoue sur la base des principes énoncés dans l'arrêt *DBS*, pour les motifs suivants.

[22] First, even if we were to accept that ZEI was diligent in pursuing its remedies before the Board once it understood what the law stood for, this does not justify its inaction up until that time. Ignorance of the law is no excuse. This is especially so when one has been involved for some time in a legal proceeding dealing with the very issues that ZEI is raising. ZEI was aware of the tariffs. There was a divergence of interpretation between CPCC and ZEI; ZEI simply chose to ignore it and will have to suffer the consequences. CPCC is under no duty to advise ZEI or anyone else of the right to object to proposed tariffs, or its interpretation of certified tariffs or of the impact of the rules governing collateral attacks of decisions of the Board before the Federal Court.

[22] Premièrement, même si nous devions accepter que ZEI a exercé ses recours avec diligence devant la Commission une fois qu'elle a compris quels étaient ses droits, cela ne justifie pas son inaction entre-temps. L'ignorance de la loi n'est pas une excuse. Cela est particulièrement vrai lorsqu'on est partie depuis un certain temps à une instance judiciaire portant sur les questions mêmes que soulève ZEI devant nous. Cette dernière était au courant des tarifs. ZEI a simplement choisi d'ignorer la divergence d'interprétation existant entre elle et la SCPCP et devra en subir les conséquences. La SCPCP n'est pas tenue de rappeler à ZEI, ni à personne d'autre, qu'elle est en droit de contester un tarif proposé, son interprétation des tarifs homologués ou l'impact des règles régissant les contestations incidentes des décisions de la Commission devant la Cour fédérale.

[23] ZEI relied on *UFCW* [15] in support of its contention that misconception of one's rights can excuse a failure or delay to press them. This case is of no help here by reason that some of the core conditions relied on by the Court of Appeal to grant retroactive relief do not exist here. Most importantly, *UFCW* involved clearly identifiable and definitively traceable funds, the payment of which had unjustly enriched the employer to the detriment of union members. Here, any decision

[23] ZEI a invoqué l'arrêt *UFCW* [15] à l'appui de son affirmation selon laquelle la méconnaissance des droits peut servir d'excuse pour le défaut de les exercer ou le retard à les faire valoir. Cette décision n'est d'aucun secours puisque certaines des conditions essentielles posées par la Cour d'appel pour accorder une réparation rétroactive ne s'appliquent pas en l'espèce. Plus important encore, l'affaire *UFCW* portait sur des fonds dont l'origine était clairement identifiable et dont

to vary the tariff so as to exclude professional CDs will necessarily result in a net loss to CPCC and its members that would not have occurred had ZEI made its arguments in a timely fashion.

le paiement avait injustement enrichi l'employeur au détriment des membres du syndicat. Dans la présente instance, toute décision visant la modification du tarif de manière à exclure les CD professionnels se traduira nécessairement par une perte nette pour la SCPCP et ses membres, perte qui n'aurait pas eu lieu si ZEI avait présenté ses arguments en temps opportun.

[24] Second, it would have been helpful if CPCC had provided the Board more information on marketing channels, packaging and other such issues. Such information may become important in disposing of future tariffs. However, there is nothing on the record that would lead us to conclude that CPCC did not act in good faith in its selection of information to be filed in evidence before the Board during past tariff proceedings.

[24] Deuxièmement, il aurait été utile que la SCPCP fournisse plus de renseignements à la Commission concernant les circuits de commercialisation, l'emballage et autres questions semblables. Ces renseignements pourraient devenir importants pour l'homologation de tarifs futurs. Toutefois, le dossier ne comporte aucune indication nous permettant de conclure que la SCPCP n'a pas agi de bonne foi dans la sélection qu'elle a faite des renseignements déposés en preuve devant la Commission au cours des instances portant sur les tarifs antérieurs.

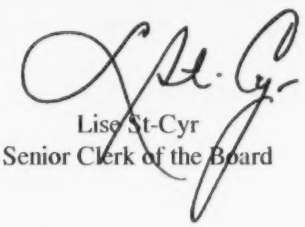
[25] Third, and most importantly, equity favours stability in this instance. A retroactive variation as far back as 1999 would inevitably cause uncertainty and disruption, possibly on a large scale. Blank media importers that claim refunds may simply pocket them, even though the initial cost of the levy might have been passed on to their clients. CPCC's members would be deprived of income to which they are entitled, since if ZEI is right, this shifts liability for the overall amount of the levy but does not reduce that amount. Moreover, even if we were to assume that ZEI would have persuaded the Board to exempt professional CDs had ZEI participated in the proceedings before the Board since the beginning, refusing to vary the 1999 to 2007 tariffs is akin to a family court leaving earlier support payments stand notwithstanding a significant change in circumstances, when that change is brought to the court's attention at a much later date.

[25] Troisièmement, et principalement, l'équité plaide en faveur de la stabilité en l'espèce. Une modification rétroactive remontant aussi loin que 1999 serait inévitablement source d'incertitude et de perturbation et aurait probablement des répercussions importantes. Les importateurs de supports vierges qui réclament des remboursements pourraient simplement les empocher, même si le coût initial de la redevance aurait pu être transmis à leurs clients. Les membres de la SCPCP seraient privés de revenus auxquels ils ont droit, puisque si ZEI a raison, le poids du montant global du prélèvement serait déplacé, mais non réduit. En outre, même si l'on devait supposer que ZEI aurait persuadé la Commission d'exempter les CD professionnels si elle avait été partie depuis le début aux instances tenues devant la Commission, on peut comparer le refus de modifier les tarifs pour les années 1999 à 2007 à la décision d'un tribunal de la famille de maintenir les paiements antérieurs même si les circonstances ont changé de manière significative, dans le cas où ce changement est porté à son attention à une date trop tardive.

[26] The application by ZEI to vary the 1999 to 2007 private copying tariffs is dismissed.

[26] La demande de ZEI de modifier les tarifs pour la copie privée pour les années 1999 à 2007 est rejetée.

La greffière principale,



Lise St-Cyr
Senior Clerk of the Board

ENDNOTES

1. R.S.C., 1985, c. C-42 as amended (hereinafter the "*Act*").

2. Retransmission of Distant Radio and Television Signals, 1995-1997 (and Variance to the 1994 Tariff), (28 June 1996) Copyright Board Decision [*Retransmission Decision*].

3. *Bakery and Confectionery Workers International Union of America Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] S.C.R. 282 at 295. See also *Re Eurocan Pulp & Paper Co. Ltd. and British Columbia Energy Commission*, [1978] B.C.J. No. 1228 (C.A.); *Nova, an Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Company Ltd.*, [1981] 2 S.C.R. 437.

4. *United Food and Commercial Workers Union Local 280 P v. Pride of Alberta Meat Processors Co. (c.o.b. Gainers)*, 1998 ABCA 132 [*UFCW*].

5. Until then, the Board could vary only decisions effective for more than a year, and only one year after the decision had become effective.

6. *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at para. 22; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham: LexisNexis Canada Inc., 2008) at 670; David Jones and A.S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 4th ed. Carswell, 2004 at 189.

7. *Retransmission Decision*, *supra* note 2 at 14.

8. *M.(K.) v. M.(H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6.

9. [2006] 2 S.C.R. 231 [*DBS*].

NOTES

1. L.R.C. 1985, ch. C-42, modifiée (ci-après la « *Loi* »).

2. Retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision, 1995-1997 (et Modification au tarif de 1994), (28 juin 1996) Décision de la Commission du droit d'auteur [*Décision sur la retransmission*].

3. *Bakery and Confectionery Workers International Union of America Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] R.C.S 282, à la p. 295. Voir aussi *Re Eurocan Pulp & Paper Co. Ltd. and British Columbia Energy Commission*, [1978] B.C.J. No. 1228 (C.A.); *Nova, an Alberta Corporation c. Amoco Canada Petroleum Company Ltd.*, [1981] 2 R.C.S. 437.

4. *United Food and Commercial Workers Union Local 280 P v. Pride of Alberta Meat Processors Co. (c.o.b. Gainers)*, 1998 ABCA 132 [*UFCW*].

5. Jusqu'alors, la Commission pouvait modifier seulement des décisions dont la période d'effet dépassait une année, et ce, seulement après une année à partir de la date de la décision.

6. *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256 au para. 22; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5e éd., Markham, LexisNexis Canada Inc., 2008, à la p. 670; David Jones et A.S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 4e éd. Carswell, 2004, à la p. 189.

7. *Décision sur la retransmission*, *supra* note 2 à la p. 14.

8. *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6.

9. [2006] 2 R.C.S. 231 [*DBS*].

10. *Ibid.* at paras. 96, 101-102, 105, 115.

11. *Ibid.* at para. 96.

12. *Ibid.* at para. 100-101.

13. *Ibid.* at para. 104.

14. *Ibid.* at para. 107.

15. *Supra* note 4.

10. *Ibid.* aux para. 96, 101, 102, 105, 115.

11. *Ibid.* au para. 96.

12. *Ibid.* au para. 100, 101.

13. *Ibid.* au para. 104.

14. *Ibid.* au para. 107.

15. *Supra* note 4.